

WYROK

z dnia 13 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 lutego 2019 r. przez **wykonawcę Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie**

przy udziale **wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie** kwotę **11 100 zł 00 gr.** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Orange Polska S. A. z**

siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 20 lutego 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oraz odrzucenie oferty wykonawcy Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, anulowania czynności wyboru oferty złożonej przez Polkomtel sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 15 lutego 2019 r. t.j. odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Zamawiający w Załączniku nr 2 – Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 4 wskazał: „4. *Minimalne parametry aparatów telefonicznych*”. Następnie w literze e) Zamawiający opisał wymagania dla aparatu telefonicznego – modelu 5, w tym m. in. wskazując parametr dotyczący przekątnej ekranu: 5,8”. Odwołujący zaoferował aparat telefoniczny dla modelu 5 - telefon iPhone Xr, którego przekątna ekranu wynosi 6,1”.

Spór zainicjowany wniesionym odwołaniem sprowadza się do różnego rozumienia przez strony postępowania postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia , t.j. Załącznika nr 2. Według Zamawiającego wymagania odnoszące się do modelu nr 5 – przekątnej ekranu nie były wymaganiami wskazującymi na pewien zakres referencyjny, w ocenie zaś Odwołującego skoro Zamawiający w pkt 4 wskazał, że wymagania dotyczące modelu nr 5 są wymaganiami minimalnymi, zatem wskazywały na pewną rozpiętość, dopuszczając zaoferowanie przekątnej ekranu w pewnym przedziale, co jednocześnie według Odwołującego oznaczało, że każdy aparat telefoniczny, którego przekątna ekranu wynosiła więcej niż 5,8” (np. 6,1” jak u Odwołującego) spełniał postawiony przez Zamawiającego wymóg w pkt 4 lit e).

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wprost wskazał, że parametry w lit. a, b, c, d i e (dotyczące również modelu nr 5) są parametrami minimalnymi. Brak wyznaczenia zakresu parametru przekątnej ekranu

„Modelu 5” nie oznaczało, że wskazany parametr nie był parametrem minimalnym. Zgodzić należało się z Odwołującym, że powyższy wymóg dotyczący przekątnej ekranu dla „Modelu 5” miał być zatem spełniony o ile ten parametr w zaoferowanym modelu aparatu telefonicznego nie byłby mniejszy niż 5,8”.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że wymagania zawarte w lit. e) odnoszące się do modelu nr 5 można było interpretować jako wymagania zakresowe, wobec faktu, że Zamawiający ogólnie w pkt 4 odnoszącym się do wszystkich wymagań wskazał, że mają to być wymagania minimalne. Ponadto samo określenie użyte przez Zamawiającego „*Minimalne parametry*” wskazuje na pewien zakres, rozpiętość zatem podane parametry można było rozumieć jako wymagania o najniższym standardzie, dopuszczając jednocześnie parametry wyższe.

Trudno zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie można – w tym stanie faktycznym uznać, że przekątna ekranu 6,1” - obiektywnie nie jest lepszym rozwiązaniem. Zamawiający w żaden sposób nie podał uzasadnienia swojej decyzji, nie wskazał na czym miały polegać uzasadnione potrzeby Zamawiającego - w szczególności wobec okoliczności, że różnica pomiędzy aparatem o przekątnej 5,8” a aparatem o przekątnej 6,1” to około 8 milimetrów, a okoliczności tej Zamawiający nie przeczył. Ponadto jeśli – jak twierdził Zamawiający tylko niektóre z wymagań postawionych miały być wymaganiami minimalnymi, to dlaczego pkt 4 – odnoszący się do wszystkich modeli zatytułowany został jako „*minimalne parametry aparatów telefonicznych*” – czyli najniższe wymagania, nie zaś jako „*wymagania techniczne i funkcjonalne*”, co nie dawałoby wykonawcom pola do interpretacji, a postanowienia SIWZ byłyby jasne dla wszystkich wykonawców.

Ponadto stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej zasadne – z uwagi na niekonsekwencję Zamawiającego w interpretacji Załącznika nr 2 do SIWZ. Zamawiający wskazywał, że owe „*minimalne parametry*” rozumiał jako wymagania techniczne i funkcjonalne, niemniej jednak dopuszczał w niektórych przypadkach funkcjonalności o wyższym standardzie. Skoro Zamawiający przy wymaganiu odnoszącym się do przekątnej ekranu nie dawał możliwości zaoferowania przekątnej o wyższej wartości, to dlaczego dopuszczał możliwość zaoferowania Wi-Fi w lepszym standardzie, skoro w przypadku tego wymagania – tak jak przy przekątnej ekranu – nie przewidział pewnej rozpiętości, zakresu referencyjnego.

W ocenie Izby zaakceptowanie stanowiska Zamawiającego dawałoby zbyt daleko idącą swobodę w interpretowaniu poszczególnych parametrów oraz w konsekwencji

dawałaby możliwość manipulacji parametrami (i jego oceną) w ten sposób, że w przypadku przekątnej ekranu Zamawiający uznałby, że nie dopuszczał rozpiętości, zakresu oferowanego parametru - parametru uznanego jako minimalny, w innym zaś przypadku uznałby, że jest to dodatkowa funkcjonalność dopuszczona przez Zamawiającego. Powyższe w ocenie Izby prowadziłoby do złamania zasady równości oraz uczciwej konkurencji – co jest niedopuszczalne. Niejednokrotnie już w orzecznictwie wskazywano, że jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy bądź odrzuceniu jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania bądź odrzucenie jego oferty może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.

Jeśli zamiarem Zamawiającego było wskazanie wprost wymagania odnoszącego się do przekątnej ekranu o stałej wartości 5,8” to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny wymaganie to było podstawą oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Skoro więc Zamawiający nie określił w sposób jasny i precyzyjny w SIWZ, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania dotyczące przekątnej ekranu – czy jako zakresowej czy też stałej wartości - to na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie może już ustalać, dodatkowych wymagań, nie może ich również modyfikować specyfikacji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 7.500,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, co łącznie stanowi kwotę 11.100,00 zł.

Przewodniczący:

.....